

Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial

Rocío Zafra Espinosa De Los Monteros

LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA AL HILO DEL DESARROLLO DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL

AUTOR: Rocío Zafra Espinosa De Los Monteros

FECHA DE RECEPCIÓN: Octubre de 2009

DIRECCIÓN: mzafra@der-pu.uc3m.es

RESUMEN: Artículo realizado en el marco del Proyecto
I+D: Defensa y garantías del imputado. Aspectos internos y
comunitarios.

PALABRAS CLAVE: Reglas de exclusión probatoria,
Prueba de valoración prohibida, Prueba Ilícita,
Prueba ilegal, Prueba irregular, infiltraciones policiales,
Derechos fundamentales.

ABSTRACT: Article produced in the I+D Project: Impute`s
defense and guarantee.
Interns aspects and community.


KEY WORDS: Probate rules of exclusion,
valuation prove prohibited,irregular prove,
policial infiltrations, Fundamental rigths.

Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial

Rocío Zafra Espinosa De Los Monteros *

*"Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo" (Ulpiano)
A mi madre, que siempre será mi guía.*

INTRODUCCIÓN

ntes de adentrarme en el tema principal de este artículo, las reglas de exclusión probatoria, creo necesario hacer una reflexión introductoria acerca de la contextualización de la infiltración policial. La infiltración policial, junto con la entrega y circulación vigilada y la tecnovigilancia, conforman las denominadas operaciones encubiertas. Estas operaciones tienen en común, la acción secreta del Estado, en concreto, de los agentes pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Esta actuación secreta de los agentes policiales supone el desarrollo, por el Estado, de una técnica especial de investigación caracterizada por ser más agresiva con el sistema de garantías que otros medios de investigación. De este modo, debemos entender el desarrollo de la infiltración policial, únicamente, en la lucha contra la criminalidad organizada. Así, puesto que estas técnicas encubiertas de investigación son especiales, sólo pueden ser desarrolladas en determinadas circunstancias y sólo frente a esta especial forma de criminalidad que se configura como una criminalidad cualificada.

Esta criminalidad se presenta como fruto de una evolución con respecto a la delincuencia ordinaria que se ha modificado no sólo en cuanto a la titularidad de la acción penal: de un solo individuo ha pasado al consorcio de personas organizadas para delinquir; sino en la cualificación y cuantificación profesional de estos grupos que se asocian para delinquir y que cada vez suponen un mayor perjuicio para la sociedad por ser entramados mucho más hermenéuticos, inflexibles, agresivos, violentos y sofisticados. Esta sofisticación y profesionalización supone la proclamación como expertos en técnicas delictuales -como la supresión de la prueba¹, en técnicas jurídicas o económicas -que le permiten eludir la acción de la

* Doctora en Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

¹ FASSONE., «La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, 1997.

justicia-, médicas, informáticas. En definitiva, se convierten en verdaderos especialistas que se permiten delinquir con mayor facilidad y seguridad. Además, otro de los factores que influye en el crecimiento de las redes criminales es el uso de las nuevas tecnologías que ha supuesto para los entramados organizativos, presuntamente criminales, la gran expansión de sus acciones delictivas pues se les brinda más fácilmente la oportunidad de crear lazos de confraternización con otras organizaciones, que antes actuaban de forma aislada, que les permiten acaparar más actividades ilícitas, expandirse territorialmente y hacerse más fuertes ante las instituciones nacionales e internacionales. Estos avances tecnológicos servirán de igual forma para que los miembros de las organizaciones criminales eludan la acción de la justicia mediante la creación de identidades virtuales que hacen imposible aprehender a los verdaderos culpables de los delitos.

En este sentido, estos métodos de investigación se han diseñado con el propósito de dar una respuesta eficaz, o, al menos, más eficiente que la proporcionada por los tradicionales métodos de investigación frente al fenómeno de la criminalidad organizada. No obstante, todas las circunstancias que hacen más peligrosa a la criminalidad organizada, no pueden entenderse como circunstancias justificantes para que los poderes públicos realicen cualquier acto. El desarrollo de una infiltración policial, supone la entrada de un agente de policía -al que denominamos agente encubierto-, que bajo el uso de una identidad supuesta, entra a formar parte de un entramado organizativo con el fin de mantener una relación con los miembros de la organización- haciendo uso de engaño- para poder obtener información que permita el enjuiciamiento y condena de los presuntos responsables del mencionado entramado organizativo, y en especial, de aquellos que se encuentran en la cúpula de la organización, los denominados «hombres de atrás». No obstante, aunque con la intervención de un agente encubierto parezca que la zona de equilibrio se desliza hacia la parte del Estado dando preeminencia al *ius puniendi* del Estado sobre el sistema de garantías, no podemos olvidar que la situación generada por la actuación de las organizaciones criminales, así lo requiere.

De todas formas, no todas las infiltraciones policiales suponen en mismo grado de afectación en los derechos fundamentales de las personas investigadas. Así, hay que distinguir entre las operaciones de larga duración y las de corta duración. A este respecto, y si bien es cierto que en ambas actuaciones policiales se verá limitado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la afectación del resto de garantías fundamentales, creemos que sólo se podrán ver afectadas por las infiltraciones policiales de larga duración, es decir, en las que concurre la verdadera entrada de un agente en la organización criminal. En las infiltraciones de corta duración, la actuación llevada por el agente no supone una conquista en las relaciones personales con respecto a los miembros de la organización. Tan sólo se mantienen contactos más o menos esporádicos y siempre relacionados con la conducta delictiva. Pero en ningún caso se entra en la esfera íntima de la persona. Por todo ello, en este capítulo nos centraremos en las infiltraciones de larga duración, donde es más probable la restricción del conjunto de garantías reconocidas a todas las personas.

Resolver la disyuntiva entre la intervención del agente encubierto frente al sistema de garantías tiene una gran repercusión procesal, pues sólo si la actuación del agente ha sido respetuosa con los derechos fundamentales se podrá otorgar validez procesal de las pruebas obtenidas². Esto significa que los agentes policiales y los órganos judiciales deben respetar las reglas establecidas en la Lecrim para la adquisición y la práctica de la prueba respectivamente, so pena de que la prueba sea inutilizada por este motivo, por ser declarada nula.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este artículo intento dar una visión a los efectos principales que pueden derivar de la inobservancia de las normas referentes al desarrollo de la infiltración policial ya que por más abyectas que sean las formas de criminalidad, el Estado no puede, bajo la bandera de la seguridad ciudadana y lucha contra la delincuencia organizada, actuar ajeno al sistema de garantías fundamentales.

CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE PRUEBAS DE VALORACIÓN PROHIBIDA

A. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

En primer lugar, hay que determinar que el acto que conlleva la ilicitud probatoria es un acto extraprocesal con consecuencias dentro del proceso. Estas consecuencias son independientes de la responsabilidad penal, civil o disciplinaria en que pueda incurrir quien lo haya realizado. El origen de las reglas de exclusión probatoria está en la doctrina jurisprudencial de EEUU. Fue en 1928 cuando el Juez Holmes establece:

“Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga en el mismo nivel de aquellos y paguen por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente...prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno”³.

2 Asimismo lo establece MARTÍNEZ GARCÍA «Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)» <http://www.tirantonline.com> : “Tras una larga y consolidada jurisprudencia y doctrina parece posible esbozar una línea divisoria entre los presupuestos de legalidad constitucional y ordinaria que deben respetar tanto la policía, Ministerio Fiscal como los órganos jurisdiccionales durante la fase de obtención de pruebas, so pena de acarrear la nulidad de la prueba afectada e incluso de las que de ella se derivan”.

3 No obstante, la primera sentencia en que aparecen relegadas las reglas de exclusión probatoria, la encontramos en la Sentencia Weeks vs. US en 1914 por vulneración de la cuarta enmienda. La Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Olmstead vs. US*. Esta perspectiva iba a imponerse, en 1961, en el caso *Mapp vs. Ohio* proclamando la inadmisibilidad de la prueba obtenida con violación de la IV Enmienda. FERNÁNDEZ ENTRALGO., «La prueba ilegalmente obtenida», en *Jueces para la Democracia*, núm. 7, 1989, pág. 31 y ss. GÁLVEZ MUÑOZ., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales: normas y jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso administrativo y social*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 63 y ss.

De este modo, las reglas de exclusión (*exclusionary rules*) son aquellas reglas jurisprudenciales según las cuales los materiales probatorios obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales, para efectos de determinación o prueba de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados⁴. No obstante, sólo serán operativas cuando se afecten los siguientes derechos fundamentales: protección de la intimidad frente a los registros, confiscaciones y arrestos; derecho a la no autoincriminación forzosa; derecho a la asistencia de abogado; y la garantía del proceso debido.

En España, es a partir de la Sentencia de Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, cuando se empieza a tratar el tema de la prueba ilícita. Desde este momento, se instaura en el ordenamiento jurídico español, la regla de la inadmisión de los materiales probatorios obtenidos o aportados al proceso en violación de los derechos fundamentales. El respaldo legal lo obtiene en 1985, cuando la LOPJ establece la regulación de la exclusión probatoria en el artículo 11.1, es decir, el reconocimiento legal de la prueba prohibida: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.⁵

El Estado Social y Democrático de Derecho se asienta en el respeto de los Derechos Fundamentales y libertades públicas de todos sus ciudadanos. Esta afirmación se

4 FIDALGO GALLARDO., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 de la LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2003, pág. 49. Para poder apreciar la prueba ilícita es necesario, que además del binomio actividad probatoria/menoscabado de derecho fundamental se de un nexo de causalidad entre ambos. Esta afirmación se concentra en que es necesario provocar la lesión de un derecho fundamental para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso lograr. Es decir, *la obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental*. DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001, pág. 22. En el mismo tenor, el Tribunal Constitucional, en STC 174/2001, de 26 de julio; 299/2000 de 11 de diciembre; 49/1999, de 5 de abril; 121/1998, de 15 de julio. ATC 103/2002, de 17 de junio.

5 Esta afirmación puede observarse puesta de relieve por el Tribunal Constitucional en STC 50/2000, de 28 de febrero; ATC 899/1985, de 13 de diciembre: “*la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14, CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1, CE)*”. En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía por el ordenamiento en su conjunto de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”. A este respecto también se pronuncia MARTÍNEZ PUJALTE., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 102.

traduce en el proceso penal como una concreción que supone la imposibilidad de otorgar eficacia a todo aquello que se haya obtenido mediante la infracción, limitación o vulneración de tales derechos y garantías⁶. En contraposición a la situación actual, el proceso inquisitivo concibe la máxima concentración de poder en el marco de un proceso penal como garantía exclusivamente de verdad, es decir, la verdad por su relevancia, por su carácter absoluto justifica y reclama la utilización de cualquier medio que pueda reputarse preciso para su obtención, incluida la tortura⁷. Se establece que la búsqueda de la verdad en el proceso penal debe respetar, al menos, las garantías que tanto la Constitución y la ley prevén. Así se manifiesta que no todo vale para la obtención de la verdad. En este sentido, el Tribunal Supremo se ha referido en los siguientes términos:

*“El Estado de Derecho se caracteriza precisamente porque todas las relaciones con relieve jurídico se han de ajustar ineludiblemente a un principio de legalidad que tiene una amplísima significación. El Derecho, lo ha dicho esta Sala en otras ocasiones, es equilibrio y armonía o racionalidad y proporcionalidad. De ahí la prohibición de todo exceso”*⁸.

Así, podemos afirmar que la finalidad de la prueba en el proceso penal es la de proporcionar un conocimiento orientado a la finalidad de un juicio final referidos a la aceptación de una afirmación relevante para la decisión, pero esta debe ser fruto de la existencia de una serie de límites⁹. Esto supone que la infiltración policial tiene que desarrollarse bajo el amparo de las garantías que tanto la Constitución como la Ley prevé para el efecto. Según las palabras de MUÑOZ CONDE, el proceso penal está dividido en dos: de una parte recibe la orden del derecho penal material de averiguar el delito y castigar a los culpables; de otra parte, el derecho constitucional que le impone determinados límites en esa actividad investigadora y enjuiciadora inspirados en los derechos fundamentales que la propia Constitución garantiza y reconoce¹⁰.

6 RAMOS RUBIO., «La prueba ilícita y su reflejo en la Jurisprudencia», en Manuales de formación continuada, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*, 2000.

7 ANDRÉS IBÁÑEZ., «La función de las garantías en la actividad probatoria» en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, 1993. A este respecto establece el Tribunal Constitucional que *aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con la vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso. Así la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las “garantías” propias del proceso»* SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 81/1998, de 2 de abril.

8 ATS de 18 de junio de 1992 (RJ 6102).

9 GUZMÁN FLUJA., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pág. 40 y 73 75. ASENSIO MELLADO., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, pág. 76.

10 MUÑOZ CONDE., «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 1, 1998, pág. 71.

En cuanto al término de garantías, señala ANDRÉS IBÁÑEZ, se hace referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas, institucionalizadas en los modernos ordenamientos bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traducen para el ciudadano en el derecho de no ser interferido en el ejercicio de su libertad más que si se dan algunas circunstancias predeterminadas¹¹.

Los poderes públicos tienen el deber de realmente averiguar lo acontecido y el poder de tomar todas las medidas necesarias para el logro de su actividad. Por ello, debe respetar todos los requisitos que impone la Ley de Enjuiciamiento Criminal que son de necesaria observancia para practicar aquellos medios de investigación o prueba que puedan limitar o vulnerar las garantías y derechos fundamentales para llegar a reconstruir lo más exactamente posible la realidad de lo sucedido, es decir, para poder alcanzar la verdad material¹². No obstante, estas facultades están limitadas, ya que tienen que atender a las prohibiciones que para actuar establezca la Ley. En este sentido como afirma MUÑOZ CONDE, no todo vale a la hora de encontrar la verdad¹³. De igual forma, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, determina que el *deber de clarificar* en el proceso penal no es ilimitado, sino que por el contrario la investigación de la verdad material se encuentra restringida por limitaciones, exclusiones y prohibiciones en orden a la prueba, su práctica y su apreciación o aprovechamiento¹⁴.

En la medida en que la actuación de los agentes de policía que llevan a cabo la investigación del delito no se ajusten a estas reglas de procedibilidad, los elementos o piezas que deriven de dicha investigación no podrán ser utilizadas y más si con ello se ha vulnerado un derecho fundamental¹⁵.

A este respecto debemos traer a colación el derecho a utilizar todos los medios de pruebas pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia, ambos reconocidos por el artículo 24.2 CE-^{16 17}.

11 ANDRÉS IBÁÑEZ., «La función de las garantías en la actividad probatoria»...*Op., Cit.*

12 FERNÁNDEZ ENTRALGO., «La prueba ilegalmente obtenida»...*Op., Cit*

13 MUÑOZ CONDE., «La búsqueda de la verdad en el proceso penal»...*Op., cit.*, pág. 71.

14 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal/iure, Madrid, 1989. pág. 91.

15 En este sentido FERNÁNDEZ ENTRALGO., «Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida»...*Op., cit.*, pág. 93. MIRANDA ESTRAMPES., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, JM Bosch, Barcelona, 1999., pág. 32, establecen que nuestro legislador a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no establece un elenco más o menos amplio de prohibiciones probatorias, sino que, desde una óptica distinta, fija imperativamente los requisitos y presupuestos que deben observarse en la obtención y práctica de las pruebas. FIDALGO GALLARDO., *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule...**Op., cit.*, pág. 10.

16 MIRANDA ESTRAMPES., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal...**Op., cit.*, pág. 122 y ss. FERRAJOLI., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, 1989, pág. 549, establece que si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena, es decir, se postula la presunción de inocencia hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. Igualmente, el TC ha estimado en relación con el derecho a la presunción de inocencia: "el

El respeto del sistema de derechos fundamentales y libertades públicas se refleja igualmente en la actividad del Estado frente a la criminalidad organizada¹⁸. De este modo, aunque la lucha contra la delincuencia organizada suponga el reforzamiento de las leyes procesales penales, así como el establecimiento de disposiciones especiales¹⁹, siempre debe respetarse todos los derechos y garantías del investigado.²⁰

Es por ello necesaria la conjunción entre el sistema de los derechos fundamentales y libertades públicas -es decir, el prisma del sistema garantista-²¹ y la eficaz lucha contra la criminalidad organizada. Y aunque es necesaria la búsqueda de ese

derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos". SSTC 61/2005, de 14 de marzo; 56/2003, de 24 de marzo; 219/2002, de 25 de noviembre; 222/2001, de 5 de noviembre; 249/2000, de 30 de octubre; 229/1999, de 13 de diciembre; 220/1996, de 16 de noviembre.

17 Esta relación hizo que en un primer momento el Tribunal Constitucional sostuviera la posibilidad de admitir en el proceso cualquier prueba pertinente, relativa al *thema decidendi* y con virtualidad suficiente para permitir conocer la verdad con independencia de su origen lícito o ilícito. AATC 173/1984, de 21 de marzo; 289/984, de 16 de mayo. Estos pronunciamientos jurisprudenciales estiman que la pretensión de la existencia de la prohibición de utilizar las piezas de convicción ilícitamente obtenidas no podía ser admitida por no estar apoyada tal prohibición "en ninguna norma de Derecho positivo ni de la Constitución" ni encontrarse "reconocida por la Jurisprudencia", siendo "una mera aspiración que han patrocinado de *lege ferenda* algunos procesalistas españoles.

18 GUZMÁN FLUJA., «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», en *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006, pág. 5. Esta perspectiva de respeto al sistema de garantías en la lucha contra el crimen organizado, parece haber sido olvidada por algunos Estados, así refiere el Prof. GUZMÁN que aprovechando el discurso de la insuficiencia de las tradicionales técnicas de investigación se propicia una marcha atrás en las conquistas de las garantías penales y procesales penales, en el entendimiento de que sólo es posible una lucha eficaz y eficiente contra la criminalidad organizada desde la vía jurídica, mediante la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, con el correspondiente incremento de los poderes estatales de la intervención sobre dichos derechos y disminución de los mecanismos de control.

19 TIEDEMANN., «El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial, sobre la lucha antiterrorista». [Http://www.espaciodjudicial europeo.es]

20 A este respecto establece la Exposición de Motivos de la Ley 5/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves: *los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se trata de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático.*

21 FERRAJOLI., *Derecho y razón... Op., cit.*, pág. 33. Se establece que los principios sobre los que se funda el sistema garantista son la estricta legalidad, la materialidad, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia.

equilibrio, hay que tener presente que el conjunto de derechos fundamentales²² y libertades públicas reconocidas a las personas no puede ceder ante las especiales técnicas de investigación. En este sentido, es opinión unánime de la doctrina, la configuración del límite de la actuación del agente encubierto en el sistema de derechos fundamentales. Es en esta denominada “zona de equilibrio” donde deben ubicarse las técnicas de investigación encubierta que necesariamente tienen que inclinarse hacia el respeto del sistema de garantías, configurado como límite infranqueable de la actuación de los poderes públicos en las investigaciones penales.

Así, cuando los poderes públicos de manera arbitraria restringen el ámbito de algún derecho fundamental en su actividad investigadora, se dice que todo el material probatorio que se derive de esta actividad, resultaría nulo de pleno derecho y, por tanto, no podría ser apto para fundar una sentencia de condena²³.

22 MUERZA ESPARZA, «Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada». Ponencia en el Seminario de *Derecho Procesal Penal Económico*. Año 2003. Centro de Estudios Jurídicos [<http://www.cej.justicia.es>], pág. 563. RIFÁ SOLER., «La figura del infiltrado como sujeto de protección», en ROBLES GARZÓN., *Jornadas internacionales de derecho procesal dedicadas a la protección de Testigos y peritos en causas criminales*, 2001, pág. 143. ZARAGOZAAGUADO., «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada», en ROBLES GARZÓN., *La protección de testigos y peritos en causas criminales*, Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, 2001, pág. 16. DELGADO MARTÍN., «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», en PICO I JUNOY., *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001, pág. 12. MONTÓN REDONDO., «Utilización de «agente encubierto»», en MONTERO AROCA, (Dir.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 11º ed., 2002, pág. 208 209. REY HUIDOBRO., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 332 y ss. MORENO CATENA., «Los agentes encubiertos en España», *Revista ICAM*, núm. 10, 1999, pág. 41. SEQUEROS SAZATORNIL., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2000. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004.

23 El problema que todavía no se ha resuelto por la doctrina surge en relación al material probatorio de descargo adquirido con ocasión de la limitación de un derecho fundamental. Desde nuestro punto de vista, la limitación del derecho fundamental, y en general el sistema de derechos fundamentales, debe operar en todo momento, es decir, en todas las actuaciones de los poderes públicos. De este modo, consideramos nulo todo el material probatorio derivado de la actuación arbitraria de los poderes públicos con independencia del sentido del material probatorio, de cargo o de descargo, ya que estaríamos protegiendo al delincuente dejando indefenso al Estado y a la generalidad de la ciudadanía. Es decir, el Estado no puede pagar un precio tan alto como el que se consideren válidas las pruebas de descargo adquiridas con ocasión de una limitación de un derecho fundamental pues la actuación es contraria a derecho y la Ley establece cuál es el efecto. Otro argumento esgrimido por la doctrina a favor a esta tesis que apoyamos es que en el artículo 11.1 LOPJ, no establece distinción alguna al proclamar que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales “no surtirán efectos”. ASECIO MELLADO., *Prueba prohibida y prueba...Op. cit.*, pág. 87. No obstante, como en toda teoría, tienen que existir matizaciones. Es evidente que el Estado no podría consentir ni la utilización indiscriminada de la prueba ilícita de descargo ni tampoco que a un inocente se le prive de la libertad. Por ello como señala FERNÁNDEZ ENTRALGO., sería necesaria una ponderación de intereses. «Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida»...*Op. cit.* En sentido contrario se expresa DIÁZ CABIALE y MARTÍN MORALES, que establecen que la garantía constitucional plasmada en el artículo 11.1 LOPJ debe hacerse de manera que las pruebas que lesionan un derecho fundamental, pero demuestran la inocencia del imputado, sean admitidas, con independencia de que los autores de la infracción soporten las consecuencias jurídicas de su conducta. *La garantía constitucional de la inadmisión...Op. cit.*, pág. 200.

En las líneas que siguen haremos un breve repaso sobre el concepto de prueba prohibida o ilícita entendida como aquella que se obtiene mediante la limitación de un derecho fundamental y libertad pública y el concepto de prueba irregular como aquella lograda con vulneración de alguna norma infraconstitucional.

B. CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS DE VALORACIÓN PROHIBIDA

Cuando en la realización de un acto se contravienen las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, decimos que el acto es nulo. Esa nulidad trae consecuencias procesales en cuanto de él se deriva la aplicación de las reglas de exclusión probatoria. No obstante, la magnitud de la prohibición probatoria dependerá del rango de la norma contravenida

En este sentido y atendiendo al rango de la norma que se infringe podemos hacer la siguiente clasificación: en primer lugar la prueba ilícita; la prueba ilegal y la prueba irregular²⁴. Y este va a ser el objetivo de las siguientes líneas. Explicar aun que de manera somera el concepto y regulación de estos diferentes conceptos con un denominador común, la prohibición probatoria.

1. PRUEBA ILÍCITA

Por prueba ilícita debemos entender aquella en la que en su origen y/o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental, es decir, en su génesis se han vulnerado derechos fundamentales o libertades públicas, regulada en el artículo 11.1 LOPJ²⁵ o cuando se producen con la más absoluta inobservancia de las reglas de procedimiento, siempre que por esta causa se produzca indefensión. De este modo, tal y como queda recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial- artículos 11.1 y 238- podemos hablar de dos categorías de pruebas inválidas: las primeras, referidas a las obtenidas con violación de derechos fundamentales; y, en segundo lugar, las logradas ante un tribunal carente de competencia, con violencia o intimidación o con indefensión a las partes, derivada de los defectos procesales graves²⁶.

24 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente... Op., cit.*, pág. 82.

25 Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1996. En este sentido, autores como DENTI, establecen que «ciertamente aunque no se quisiera acoger esta tesis extrema, hay que admitir que existe al menos un elemento de taxatividad para la adquisición de las pruebas al proceso penal y ese elemento está dado por los derechos constitucionales que de ningún modo pueden ser violados». DENTI., *Estudios de derecho probatorio*, Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa América, 1974, pág. 270. Además, debemos tener presente que la exclusión de las pruebas prohibidas no se considera, por parte del Tribunal Constitucional, como un derecho fundamental, es decir, no existe un derecho autónomo o impedir que se admitan pruebas de contenido antijurídico, sino que se trata de una «garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales». GONZÁLEZ MONTES., «Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita», En *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal*, Universidad de Granada, 1994, pág. 97 98.

26 VIEIRA MORANTE., «Tratamiento de la prueba ilícita», en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *Constitución y garantías penales*, núm. 15, 2003.

El concepto de prueba ilícita debe acogerse tanto al momento de adquisición de las fuentes de prueba como en el momento de la práctica probatoria en el plenario²⁷. No obstante, en lo que interesa a los efectos de este estudio, los efectos de la ilicitud devendrán por la actuación de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que contraviene el sistema de garantías.

Así, el artículo 11.1 LOPJ contempla en la mayoría de las ocasiones actuaciones que se desarrollan en el procedimiento preliminar, tendentes a obtener o asegurar fuentes de prueba, que luego, mediando la correspondiente actividad, se convertirán en pruebas²⁸. En este sentido como afirma ASECIO, del concepto de prueba prohibida o ilícita es posible extraer cuatro conceptos diferenciados: *obtención, prueba, no surtirán efectos y directa o indirectamente*²⁹. En cuanto al concepto de *obtención*, se refiere a que la infracción de la norma se ha producido en el momento de la búsqueda, recogida y adquisición de la fuente de prueba. Esto a lo que MIRANDA denomina ilicitud extraprocesal³⁰.

27 DE URBANO CASTILLO., «Prueba Ilícita en particular (I)», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1996, pág. 216.

28 DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba...op. cit.*, pág. 22 y ss. Igualmente debemos establecer que la ilicitud probatoria se extiende tanto a las actuaciones llevadas a cabo por los funcionarios, recogida de fuentes de prueba sirviendo al interés público en la averiguación de la verdad, como a las actuaciones llevadas a cabo por particulares. Esta teoría es la consecuencia de afirmar que los derechos fundamentales deben respetarse, en cualquier situación de la vida social, por todos los ciudadanos. PASTOR BORGONÓN., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», en *Justicia: Revista de derecho procesal*, nº 2, 1986. Así, tal y como afirma GONZÁLEZ CUÉLLAR, la prueba ilícita es un medio más de protección de los derechos fundamentales, para los supuestos de no respetarse las pautas señaladas en caso de limitación de los mismos. En *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pág. 311, a este respecto, MORENO CATENA, establece que la institución de la prueba ilícita *se configura en nuestro ordenamiento como un medio de sanción por la injerencia ilícita y como medio de reparación a quien sufrió tal indebida reparación*. En «La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal», en *La reforma de la Justicia penal (Estudios homenaje al Prof. Klaus. Tiedemann)* Valencia, 1997, pág. 414.

29 ASECIO MELLADO., *Prueba prohibida y prueba preconstituida...Op., cit.*, pág. 80.

30 MIRANDA ESTRAMPES., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...Op., cit.*, págs. 26 y 29

51. claro que el carácter extraprocesal deviene de entender la instrucción como proceso o no. Nosotros no compartimos esta clasificación al considerar como proceso a la instrucción judicial. En el mismo sentido la STC 55/1982, de 16 de julio, establece que: «la afirmación interina de la inocencia, consagrada por el artículo 24.2 de nuestra Ley Fundamental, sólo puede ser enervada por prueba...que haya llegado con las debidas garantías al proceso». A este respecto, tradicionalmente se venía proclamando la supremacía de la obtención de la verdad material sobre las garantías individuales, de tal modo que aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad material debía ser valorado por el juez para formar su convicción, fundamentándose dicha posición en el principio de libre valoración de la prueba. En contraposición a este argumento, la prueba ilícita no supone ninguna restricción al principio de libre valoración de la prueba ASECIO MELLADO., *Prueba prohibida y prueba preconstituida...Op., cit.*, pág. 75. Actualmente queda consolidada la opinión que propugna la inutilizabilidad de las pruebas obtenidas o producidas con la violación de derechos y libertades fundamentales aún sobre la verdad material o a su costa. En todo caso, hay que tener presente que la prohibición alcanza a cualesquiera prueba ilegítimas, sean de cargo o de descargo. FERNÁNDEZ ENTRALGO., «La prueba ilegalmente obtenida»...*Op., cit.*, pág. 24.

Además, la LOPJ hace referencia a los efectos que deba tener aquella información conseguida con ocasión de la ilicitud probatoria. En este sentido, es obligado hacer referencia a la doctrina del fruto del árbol envenenado (que estudiaremos con mayor profundidad a propósito de los efectos de la ilicitud probatoria)³¹.

2. PRUEBA ILEGAL

Debemos entender por prueba ilegal aquella que se obtiene sin vulneración de derechos fundamentales pero sin respetar las normas de procedimiento legalmente establecidas en la ley siempre y cuando éstas causen indefensión. Esta afirmación debemos entenderla en cuanto el derecho de defensa es un derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la CE³².

Es lógico que aunque no podemos asimilar la limitación de un derecho fundamental a la infracción de la legalidad ordinaria, la contravención de las Ley de Enjuiciamiento Criminal a la hora de practicar una diligencia de investigación debe ser *sancionada* de algún modo. Por tanto, la infracción de dichas normas conlleva la inadmisibilidad o ineficacia del medio de prueba defectuosamente producido³³, en cuanto la Constitución sólo permite la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa³⁴.

Esto supone aceptar que el acto realizado sin respetar las reglas del procedimiento será nulo y que siempre y cuando se cause indefensión no podrá ser tenido en cuenta como material probatorio apto para desvirtuar la presunción de inocencia³⁵. De este modo, cuando en un acto concurren estos dos aspectos (contravenir las

31 En relación con esto, el Tribunal Supremo, ha dispuesto que: “la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior («directa o indirectamente»), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirán efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están jurídicamente contaminados. SSTs de 4 de marzo de 1997 (RJ 2215); de 18 de abril de 1997 (RJ 3611); de 23 de abril de 1997 (RJ 3259); de 26 de junio de 1998 (RJ 5596); de 7 de enero de 1999 (RJ 389); de 2 de julio de 2003 (RJ 73); de 26 de noviembre de 2003 (RJ 9491). Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de octubre de 1998.

32 MIRANDA ESTRAMPES., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el...Op., cit.*, pág. 20. DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba...Op., cit.*, pág. 140

33 MIRANDA ESTRAMPES., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso...Op., cit.*, pág. 47.

34 LÓPEZ BARJADE QUIROGA., *Las escuchas telefónicas y la prueba...Op., cit.*, pág. 134 135.

35 De esta forma, no siempre que se prescinda del procedimiento legalmente establecido se producirá la nulidad de pleno derecho del acto, sólo cuando ésta cause indefensión.

reglas procedimentales y causan indefensión), el efecto es la nulidad de pleno derecho y, por tanto nada de lo obtenido podrá ser utilizado en el proceso penal³⁶.

En cuanto a los efectos tanto directos como indirectos de esta prueba ilegal entendemos que en cuanto se limita el pleno ejercicio de derecho de defensa al causar indefensión, serán asimilables a los de la prueba ilícita, es decir, prohibición absoluta de valorar todo lo obtenido de manera directa o indirecta por la limitación producida. Este efecto debe ser entendido en el contexto de que la prueba ilegal produce también la limitación de un derecho fundamental, es decir, en cuanto causa indefensión se verá limitado el derecho de defensa recogido en el artículo 24.2 CE.

3. PRUEBA IRREGULAR

La prueba irregular, también regulada en el artículo 238 LOPJ, será aquella realizada sin la observancia de los requisitos establecidos legalmente par el efecto pero sin que con ello se cause indefensión.

En aquellos casos en que el acto contravenga las reglas de procedimiento y no causen indefensión podrá ser tenido en cuenta por el tribunal ya que podrá incorporarse por otros medios al proceso. Por ejemplo, cuando se pretende registrar un domicilio y hay ausencia del secretario judicial, no se están respetando las normas del procedimiento, pero entendemos que este hecho no causa indefensión. Así, al proceso no podrá incorporarse el acta levantada en el registro pues éste es nulo de pleno derecho, pero el material obtenido mediante esta práctica podrá ser incorporado mediante la declaración testifical de los policías que actuaron³⁷.

Por ejemplo, cuando se pretende registrar un domicilio y hay ausencia del secretario judicial, no se están respetando las normas del procedimiento, pero entendemos

36 PÉREZ ARROYO., «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y el delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de prueba prohibida en el derecho penal y procesal penal», *La Ley*, núm. 4987 4989, Febrero 2000, pág. 1781. en este sentido no podrán tener la consideración de pruebas de cargo para enervar la presunción de inocencia aquellas pruebas que hayan sido obtenidas mediante la vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas consagradas en la Constitución, ya que éstas sólo podrán ser desvirtuadas merced una mínima actividad probatoria de cargo practicada en el juicio oral con todas las garantías procesales, tal y como reconoce el artículo 741 Lecrim. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional en Sentencias 31/1981, de 28 de julio; 55/1982, de 26 de julio; 42/1999, de 22 de marzo, donde se dispone que la presunción de inocencia sólo puede ser enervada a través de una mínima actividad probatoria que haya llegado con las debidas garantías al proceso. GÓMEZ COLOMER., *El proceso penal para no juristas*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1993, pág. 250. Sin embargo, otros autores entre los que se encuentran DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES., *La garantía constitucional de la prueba...Op., cit.*, pág. 66, establece que la verdad material, no obstante, también es un bien jurídico de relevancia constitucional e interés al valor de la justicia, aunque y pese a ello, no justifican su obtención a cualquier precio.

37 Además lo obtenido mediante infracción de norma procesal puede ser utilizado por la policía como *notitia criminis* para iniciar una investigación sobre los hechos de que se trate. DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba...Op., cit.*, pág. 142.

que este hecho no causa indefensión³⁸. Así, al proceso no podrá incorporarse el acta levantada en el registro pues éste es nulo de pleno derecho, pero el material obtenido mediante esta práctica podrá ser incorporado mediante la declaración testifical de los policías que actuaron³⁹.

En cuanto al efecto directo la prueba irregular no impide la posibilidad de probar las mismas circunstancias por otros medios probatorios, con independencia de que los mismos puedan tener relación indirecta con la prueba irregularmente practicada.⁴⁰ Por su parte, el efecto contaminante de la prueba irregular, y la posible utilización de los resultados obtenidos por aquellas- que practicadas de manera regular derivan o se apoyan en la irregular- se admite la posibilidad de que sus resultados puedan ser introducidos por otros medios de prueba, siempre y cuando exista una ponderación de los intereses en juego. Esta circunstancia se produce por la naturaleza de la norma infringida⁴¹.

38 En este sentido, la Jurisprudencia ha admitido que *hay que distinguir entre los casos en los que por faltar la autorización judicial se perturba el derecho fundamental, de aquellos otros en los que, existiendo ese mandamiento como requisito esencial legitimante, no se lesiona de manera grave el derecho fundamental aún cuando en la realización del acto judicial se incumplan normas procesales reguladoras de la forma con que la diligencia ha de llevarse a efecto. En el primer caso el acto es ilícito y nulo, e ilícita la prueba obtenida porque se ha vulnerado un derecho fundamental. En el segundo el acto es irregular, sin efecto probatorio alguno. En la ilicitud del acto procesal, como contrario a la Constitución, tal ilicitud se comunica a los futuros actos procesales que del acto ilícito traen causa, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tenida en cuenta ni puede ser convalidada por diligencias posteriores. En cambio cuando el acto es irregular, como quiera que se desenvuelve dentro de lo que son infracciones de legalidad ordinaria, sólo se origina la ineficacia del acto en sí y de lo que del mismo causalmente se derive, mas sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 11 de septiembre de 1998 (ARP 4092). Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003 (RJ 73). En el mismo sentido el Tribunal Constitucional afirma que *en definitiva, el incumplimiento de la norma procesal donde se impone ese requisito no transciende al plano de la constitucionalidad y sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba* (Sentencia del Tribunal Constitucional 133/1995, de 25 de septiembre).

39 DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., «Sujetos que han de concurrir en el registro domiciliario» en <http://www.tirantonline.es> refiere el autor a propósito de la falta de secretario en la práctica del registro: «La falta de intervención del secretario tara la diligencia, ofreciéndose como prueba irregular carente de operatividad, motivando la pérdida de valor documental público de la misma, con total falta de virtualidad a efectos probatorios de cuanto se relate en ella. Ahora bien, ello no es óbice, no afectando la falta de secretario a la inviolabilidad del domicilio, cualquiera que sea su trascendencia en el orden procesal, para que, merced a otros medios de prueba complementarios, se evidencie la existencia real de los efectos que se dicen intervenidos.

40 HINOJOSA SEGOVIA., *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado*, Edersa, Madrid, 1996.

41 VELASCO NÚÑEZ., «Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro», en Cuadernos del Consejo general del Poder Judicial, volumen dedicado a *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Madrid, 1996.: «no se extiende la ineficacia a las pruebas conectadas con la irregular puesto que la contravención jurídica que se produce no supone una infracción al ordenamiento constitucional». De este modo, y tal como establece el Tribunal Supremo el efecto expansivo de la inadmisibilidad de la prueba *se concretan en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, y no se extienden a los supuestos de*

Así, cuando en el seno de la infiltración policial se llevan a cabo actuaciones tales como intervención de comunicaciones postales, telefónicas o electrónicas, captación de imágenes y sonidos en lugares cerrados, registros domiciliarios, por citar las más aplicadas, podemos encontrarnos con infracciones de las normas procesales que regulan estas diligencias. De este modo, en aquellos casos en que la legitimidad constitucional de la limitación del derecho fundamental queda asegurada, pero se inobservan los presupuestos legales establecidos, como la presencia del secretario en el caso de registro, no podemos hablar de prueba ilícita o ilegal sino irregular⁴², pues la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la intimidad está legitimada y la inobservancia de este requisito no causa indefensión.

EFFECTOS Y EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN

El estudio de los efectos reflejos o indirectos de la misma, tiene su origen en la Jurisprudencia norteamericana⁴³.

El efecto principal de la trasgresión de los derechos fundamentales en la obtención del material probatorio es la nulidad de pleno derecho y, por tanto, su inutilizabilidad en el proceso⁴⁴. Dentro de los efectos de la prueba ilícita, debemos distinguir los

infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aun por la vía de calificarlos de infracciones «indirectas» del derecho a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la CE pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal SSTs de 4 de marzo de 1997 (RJ 2215); de 6 de octubre de 1995 (RJ). Por su parte el Tribunal Supremo viene a validar como independientes pruebas que sólo son diferentes (y que en el caso de limitación de derechos fundamentales serían inadmisibles en el proceso penal por los efectos reflejos de la prueba ilícita) y ello porque sólo hay una mera irregularidad procesal, dónde las pruebas diferentes no se anulan pese a provenir de la misma fuente probatoria SSTs de 22 de mayo de 1995 (RJ 3907); de 18 de abril de 1995 (3530); de 24 de junio de 1995 (RJ 4849); de 29 de abril de 1995 (RJ 3027); de 4 de abril de 1995 (RJ 2810); de 23 de diciembre de 1994 (RJ 10266); de 13 de diciembre de 1993 (RJ 9433); de 25 de septiembre de 1995 (RJ 6641); de 11 de julio de 1995 (RJ 5402); 24 de febrero de 1996 (RJ 923).

42 Un ejemplo de esta diferencia, en aquellos casos en que el registro domiciliario se haya practicado en condiciones que no hagan posible la contradicción, tal infracción entraría de lleno en el terreno de la indefensión cuyas consecuencias, respecto de la eficacia del acto, habrían de deducirse del régimen general en materia de nulidad establecido en la LOPJ. Sin embargo, en aquellos casos en que la autorización judicial especifique ciertos límites al registro domiciliario y éstos no sean respetados por los agentes, es decir, el registro va más allá de los límites espaciales o temporales fijados por la resolución judicial, ésta actuación afectaría al derecho a la inviolabilidad del domicilio y ello aunque la entrada hubiera sido lícita, en estos casos todo lo obtenido bajo el auspicio de la resolución judicial no será válido para enervar la presunción de inocencia, en su caso. Pero todo aquello que contravenga lo dispuesto en la resolución judicial será nulo conforme al artículo 11.1 LOPJ. VEGAS TORRES., «Prueba ilícita en particular (II): La ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*, 1996, pág. 343; 379.

43 Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Olmstead vs. US*. Caso *Mapp vs. Ohio*.

44 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente...Op., cit.* pág. 100. En este sentido destaca el autor un doble efecto. Por un lado, un efecto negativo y que es el que da lugar a la falta de efectos de la prueba ilícitamente obtenida, a su imposibilidad de apreciación e incluso de aportación al proceso. Por otro lado, un efecto positivo que se traduce en la obligación que a todos produce de respetar la normativa procesal garantista.

efectos directos de los indirectos. El efecto directo, supone que será nulo aquello directamente obtenido transgrediendo los Derechos Fundamentales. El efecto indirecto va más allá, pues supone que se declarará nulo de pleno derecho no sólo lo obtenido con el acto infractor sino todo aquello que derive de él, es decir, todos los actos que pudieran haberse visto afectados, condicionados o influidos por el acto nulo.

El motivo de esta afirmación radica en que la cobertura de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, y cualquier ataque a los mismos produce efectos en todos los ámbitos, pues los derechos fundamentales deben considerarse como pilares básicos del ordenamiento⁴⁵. Sin embargo, se establece diferencia entre el término nulidad e «inutilizabilidad»⁴⁶. La doctrina entiende que el término más idóneo a emplear es el de inutilizabilidad ya que la ilicitud probatoria debe motivar no sólo que el órgano judicial sentenciador no aprecie la prueba sino, también, su inadmisibilidad procesal⁴⁷. De este modo se entiende que la expresión «no surtirán efectos» del artículo 11.1 LOPJ se refiere no sólo a la valoración sino a su admisión y en aquellos casos en que la prueba haya sido incorporada al proceso penal, aun siendo ilícita, debe forzarse a que salgan de ella procediéndose a su exclusión material⁴⁸.

No obstante, la doctrina ha ido relativizando los efectos que podrían derivarse de las reglas de exclusión de la prueba ilícita⁴⁹. Así, nos encontramos con que la Jurisprudencia vino a denominar la desconexión causal que se materializa en la excepción del «*balancing test*» y la excepción de la buena fe.⁵⁰

45 PASTOR BORGONÓN., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas»...*Op., Cit.*

46 De hecho es la propia Jurisprudencia la que viene utilizando el término de «inutilizabilidad». Así declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de mayo de 1997 (RJ 4039); «*en este sentido se debe comenzar por precisar que cuando se hace referencia a la supuesta “nulidad” de ciertas pruebas se utiliza una terminología propia de la teoría de los actos jurídicos que, en verdad, hace referencia a un fenómeno que no reúne las notas conceptuales de las nulidades de los actos o negocios jurídicos. Por el contrario se trata de la cuestión de si una prueba puede ser valorada en el proceso o si, por la forma de su obtención o por otra circunstancia, existe respecto de ella una prohibición de valoración.* Este es el término que ha sido acuñado en el proceso penal italiano para hablar del efecto de prueba ilícita tras la reforma del proceso penal del 2001. La inutilizabilidad, se dispone, por ejemplo en el artículo 191 del Código Procesal Penal italiano, en el que se establece ésta como una forma de invalidar las pruebas exclusiva de las normas probatorias,

47 MIRANDA ESTRAMPES., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...Op., cit.*, pág. 92 93.

48 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente...Op., cit.*, pág. 146. GONZÁLEZ MONTES., «Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita»...*Op., cit.*, pág. 104. PAZ RUBIO., «La prueba en el proceso penal», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1992.

49 Estas reglas de exclusión según el Tribunal Constitucional, prohíben la valoración de una prueba nula, orientada a garantizar un proceso justo [STC 28/2002, de 11 de febrero].

50 Excepción introducida por la Corte Suprema en la Sentencia US v. León, 468 U.S. 897 (1984): en este caso, se aplicó a un policía que llevó a cabo un registro confiando en la validez de la autorización previamente obtenida y que es declarada nula. Así el derecho reconocido en la cuarta enmienda no podrá entenderse violado y, por tanto, no procede aplicar la regla de la exclusión.

En cuanto a la primera, a la «*balacing test*» supone una ponderación de intereses, es decir, supone sopesar los derechos en juego partiendo de una concepción casi absoluta del derecho a la prueba⁵¹.

Respecto a las segundas de las matizaciones, la excepción de buena fe, descansa en la presunción de que los agentes lleven a cabo la actuación ilícita, creen estar facultados o amparados por una autorización o ley vigente en el momento de cometer la ilicitud, es decir, actúan bajo la creencia objetiva de que su actuación se ajusta a la ley⁵². Estas excepciones a las reglas de exclusión probatoria pueden suponer un riesgo para el Estado de Derecho. En particular, la excepción referida a la buena fe de los agentes que participan en la investigación ya que los agentes que actúan de manera infiltrada podrían entender que la simple autorización que habilita a la infiltración, legitimaría todas las actuaciones que desarrollen, limiten o no derechos fundamentales. Es decir, en el caso de una infiltración policial, esta excepción hay que tratarla con sumo cuidado y en cada caso concreto para evitar la falsa creencia de que el encubierto actúa con un salvoconducto para poder utilizar todas aquellas pruebas que de manera directa o indirecta limitan derechos fundamentales y que no se encuentran amparadas por la autorización que habilita para la operación encubierta.

Para salvar la situación anteriormente expuesta, la Jurisprudencia española ha utilizado la excepción de la buena fe pero siempre aplicada a la prueba refleja, nunca a la prueba directa⁵³.

Sin perjuicio de tratar el tema de la ilicitud derivada de la actuación del agente encubierto en un momento posterior, debemos seguir con la exposición de las matizaciones del efecto reflejo de las pruebas así obtenidas.

En cuanto a los efectos indirectos de la prueba ilícita suponen decretar que la inadmisibilidad se extiende a todas aquellas pruebas obtenidas de manera lícita pero que de manera indirecta traigan causa del acto vulnerador del derecho fundamental en cuestión, es decir, se llegue a ella gracias a conocimientos conseguidos de forma ilícita⁵⁴.

51 VELASCO NÚÑEZ., «Prueba obtenida ilícitamente. doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro»...*Op., Cit.*

52 MIRANDA ESTRAMPES., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...**Op., cit.*, pág. 108. VELASCO NÚÑEZ., «Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro»...*Op., cit.* Establece el autor al respecto de la excepción de la buena fe que no operará las reglas de exclusión de la prueba ilícita si la actuación policial guiada por la buena fe se movía en el terreno de la creencia de estar obrando dentro de la Ley, lo que ocurre, por ejemplo, cuando la policía actúa aplicando una ley que más adelante es declarada inconstitucional o incluso cuando lo hace bajo la cobertura de un mandamiento judicial, por irregular que luego éste resulte ser.

53 DÍAZ CABIALE, JA; MARTÍN MORALES., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba...**Op. cit.*, pág. 81.

54 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente...**Op. cit.*, pág. 115. A este respecto el Tribunal Supremo establece que: «la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior, pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios

Los efectos reflejos o indirectos también encuentran su origen en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En 1920, en la sentencia de *Silverthorne Lumber Co. US*, se estima que no se podía utilizar la información obtenida durante un registro inconstitucional⁵⁵.

El efecto reflejo no sólo supone la garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícita en el proceso en curso donde se produce la limitación del derecho fundamental, sino que va más allá. La garantía de exclusión extiende su juego a la realidad material, extraprocesal, es decir, como afirma DÍAZ CABIALE, la policía no puede utilizar nada de lo obtenido ni siquiera como *notitia criminis* para iniciar una investigación sobre los hechos de que se trate⁵⁶.

Para poder aplicar el efecto contaminante de la prueba ilícita sobre otras pruebas, es necesario establecer un nexo de causalidad entre ambos actos, es decir, la ilegalidad primera debe ser condición *sine qua non* de la obtención posterior de las pruebas derivativas⁵⁷. Pudiéndose llegar a la conclusión de que hubiera sido imposible la obtención del segundo elemento probatorio de no mediar la ilegalidad primera (*conexión de antijuridicidad*)⁵⁸. Así el problema fundamental de reconocer el efecto reflejo radica en determinar el carácter de «consecuencia» del segundo acto

probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituirá una proclamación vacía de contenido efectivo e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están, jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el artículo 11.1 LOPJ, únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” con “prueba independiente”. [SSTS de 4 de marzo de 1997 (RJ 2215); de 4 de marzo de 1997 (RJ 2215); de 14 e abril de 1997 (RJ 3524); de 4 de julio de 1997 (RJ 6008); de 17 de febrero de 1999 (RJ 865); de 13 de marzo de 1999 (RJ 2105); de 18 de julio de 2002 (RJ 7997); de 26 de noviembre de 2003 (RJ 9491)]

55 *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S. 385 (1920). Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Olmstead vs. U.S.* Caso *Mapp vs. Ohio*. [<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?friend=nytimes&court=us&vol=251&invol=385>]

56 DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba... Op., cit.*, pág. 142.

57 MIRANDA ESTRAMPES., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento... Op., cit.*, pág. 110. FIDALGO GALLARDO., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense... Op., cit.*, pág. 434. MARTÍN GARCÍA., «La nulidad de las actuaciones judiciales y la prueba ilícita», en *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 57y ss.

58 STS 81/1998, de 2 de abril. Señala al respecto RAMOS RUBIO, que *el criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas causalmente de un acto constitucionalmente ilegítimo pueden ser valoradas y cuándo no, se cifra en determinar si entre unas y otras existe una conexión de antijuridicidad, que se resuelve analizando, en primer término, la índole y características de la vulneración del derecho fundamental materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; posteriormente, se han de considerar, desde una perspectiva externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamental en cuestión exigen.* En «La prueba ilícita y su reflejo en la Jurisprudencia», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*.

o prueba lícitamente obtenida, en relación con el primer acto, que fue ilegal tal y como afirma LÓPEZ BARJA⁵⁹.

No obstante, hay que tener en cuenta que el *nexo de causalidad*, puede estar tan atenuado que podrían considerarse independientes una de la otra⁶⁰.

Se han incorporado algunas excepciones que suponen la desconexión casual entre el acto limitativo de derechos fundamentales y el acto que se pretende hacer valer.

Estas matizaciones no suponen la inclinación de la balanza hacia el lado del *ius puniendi* en perjuicio del sistema de garantías sino sólo guardar el interés de la colectividad, centrado en que no se deje sin efectividad una acción penal por una formalidad antijurídica en el procedimiento, que en ningún caso genera indefensión en las partes.⁶¹⁻⁶²

Por tanto, estas limitaciones, tan sólo pretenden relativizar el efecto invalidante e indirecto de la prueba ilícita. Estas excepciones se formalizan en tres:

1. Fuente independiente⁶³: basada en la desconexión causal entre la lesión del derecho fundamental y la prueba que se aporta⁶⁴. Por otro lado, supone que cuando

59 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente...* Op. cit., pág. 117-118. ASENSIO MELLADO., *Prueba prohibida y prueba...* Op. cit., pág. 89. En este sentido entiende MIRANDA que existirá relación de causalidad cuando las pruebas derivadas, siendo consideradas en sí mismas lícitas, tengan su origen en informaciones o datos obtenidos con la práctica de una prueba ilícita. En *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...* Op. cit., pág. 111. Esta postura es puesta de relieve por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Sentencias 121/1998, de 15 de junio; 81/1998, de 2 de abril; 49/1999, de 5 de abril; 299/2000, de 11 de diciembre; 174/2001, de 26 de julio; ATC 103/2002, de 17 de junio: “En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones”.

60 Ya que el planteamiento de la exclusión probatoria implican restricciones excesivas para la búsqueda de la verdad y el derecho a la prueba. PASTOR BORGÓN., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas»... Op. Cit.

61 DE URBABO CASTILLO., «Prueba ilícita en particular (I)»... Op. cit., pág. 240.

62 Este planteamiento ha sido propuesto por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de noviembre de 2003 (RJ 9491) que estima: “la problemática de las prohibiciones probatorias en el proceso penal no constituye una mera cuestión procesal sino que responde al núcleo central de las relaciones entre el Poder Público y los ciudadanos en el marco de un Estado de Derecho constitucional. Si los Poderes Públicos, tras violentar un derecho constitucional fundamental, pueden explotar o aprovecharse de dicha violación en perjuicio del ciudadano por el mero hecho de que éste haya admitido, en el curso de su defensa, el hecho consumado que constituye el resultado manifiesto de la infracción, se quiebra la confianza en que se sustenta el pacto constitucional.”

63 Puesta de relieve igualmente por la Sentencia Silverthorne Lumber co. Vs. US (1920): los datos que hayan podido ser obtenidos mediante violaciones constitucionales no se convierten en sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de los mismos se consigue mediante una fuente independiente, pueden ser probados como cualesquiera otros.

64 DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba...* Op. cit., pág. 84-85. explica el autor que esta excepción significa que la conculcación del derecho fundamental no provoca la contaminación del resultado al que se llega, ni excluye, por tanto, que se acceda a él a través de un medio desconectado con la lesión.

las pruebas que se pretende excluir por considerarse derivadas de una violación de derechos anterior, derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos los requisitos legales y, por tanto, no cabe aplicar la teoría del fruto del árbol envenenado⁶⁵. Esto significa que la fuente que produce la prueba final permanece totalmente aislada del efecto de la que violó algún derecho fundamental, es decir, ambas pueden conservarse sin relación alguna entre sí⁶⁶. No obstante, no podemos confundir la prueba independiente con la prueba diferente⁶⁷.

2. Descubrimiento inevitable⁶⁸: supone que la prueba que ha sido obtenida con la violación de un derecho fundamental, habría sido en todo caso, inevitablemente, obtenida por un medio lícito⁶⁹. Refiere FIDALGO que esta excepción se denomina,

65 FIDALGO GALLARDO., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense...Op. cit.*, pág. 438.

66 VELASCO NÚÑEZ., «Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del “fruto del árbol envenenado”. Correcciones actuales y tendencias de futuro»...*Op. cit.*

67 La prueba diferente, en cuanto se adquiere como consecuencia de un acto que limita derechos fundamentales no podrá ser tenida en cuenta por ser nula de pleno derecho. En cambio, la prueba independiente podrá ser tenida en cuenta por el órgano decisor para fundar una sentencia de condena pues entendemos que el nexo que une al material probatorio que se quiere hacer valer y el acto limitativo de derechos fundamentales está muy debilitado, tanto, que es inexistente. Por tanto, las pruebas independientes serán aptas para desvirtuar la presunción de inocencia. STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 9491). STC 86/1995, de 6 de junio. Un ejemplo de prueba derivada lo encontramos en la STS de 23 de marzo de 2005 (RJ 3574), en el que se considera que la incautación de una cantidad de droga resulta nula por derivar de una intervención de comunicaciones telefónicas inconstitucional: *“la nulidad radical de sus resultados y de las pruebas de ella derivadas, es decir, de la incautación de la droga como prueba de cargo que ha quedado irremediabilmente contaminada de la antijuridicidad de la diligencia de la que dimana, puesto que no sólo entre ambas se produce una conexión natural u objetiva, sino también una íntima relación antijurídica, dado que lo que se transmite a la prueba derivada es, precisamente, la carga de antijuridicidad constitucional que vicia la prueba inicial. En este sentido, no puede argumentarse una supuesta inexistencia de conexión, por mucho que la prueba vinculada de hecho y de derecho a la prueba nula, se haya practicado de manera irreproachable, puesto que, de ese modo, se estaría derogando subrepticamente una norma tan importante y clara como la que contiene el citado art. 11.1 LOPJ”*.

68 Asumida por la Sentencia Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984). En este caso, la policía obtuvo de una declaración considerada ilícita, el paradero de un niño. Se admite la prueba bajo la premisa de que la información se hubiera podido obtener mediante las investigaciones policiales rutinarias.

69 Así lo determina la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 8 de febrero de 2000, en relación a unas escuchas telefónicas: *“las intervenciones telefónicas practicadas con autorización judicial pero insuficiente a los efectos de tomarlas como pruebas, pues en otras deficiencias no consta la dación de fe judicial de su contenido, con independencia de las misas, las pruebas habrían sido ineludiblemente descubiertas por una fuente sin tachas, como lo fueron las operaciones de vigilancia y seguimiento, como consecuencia de la información ya referida, iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención, en base al denominado “descubrimiento inevitable”, que a tal respecto señala el TS”*. Igualmente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de julio de 1997 (RJ 6008), ha estimado que: *“en efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado*

en algunas ocasiones, como la excepción de la fuente independiente hipotética, puesto que esta excepción implica necesariamente la aceptación de una hipótesis diferente en su clase con respecto a la aceptación de hechos que motiva la aplicación de la regla de la fuente independiente⁷⁰. En todo caso, corresponde probar esta circunstancia a quien quiera hacer efectiva esta excepción a las reglas de exclusión probatoria. En este sentido, estima el Tribunal Supremo que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos como "hallazgo inevitable"⁷¹. Sin embargo, es necesario advertir que en nuestro ordenamiento jurídico la teoría del descubrimiento inevitable no resulta aplicable puesto que entre otras causas, su construcción se basa en juicios hipotéticos o meras suposiciones o conjeturas difícilmente conciliables con las exigencias que derivan del reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia⁷².

3. Nexo causal atenuado⁷³: o, lo que es lo mismo, la conexión entre la prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental y las que deriva de ella, que en principio que contaminaría, está tan debilitado que llega a disipar la ilicitud⁷⁴. Para aplicar esta excepción, es necesario que concurra una serie de parámetros: en primer lugar, el tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas; acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la

por un conjunto de agentes de la policía..., como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada..., entre la recurrente y sus proveedores de heroína al por mayor. Es decir, que inevitablemente, y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo". VELASCO NÚÑEZ., «Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado". Correcciones actuales y tendencias de futuro»...*Op. cit.*

70 FIDALGO GALLARDO., *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense...**Op. cit.*, pág. 443.

71 SSTs de 7 de febrero de 1994 (RJ 2314); de 26 de noviembre de 1994 (RJ 8974)

72 MIRANDA ESTRAMPES., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en...**Op. cit.*, pág. 120. VELASCO NÚÑEZ., «Prueba obtenida ilícitamente. doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro»...*Op. cit.*

73 Esta excepción tiene su origen en la Sentencia Nardone v. US, 308 U.S. 338 (1939). Establece que a raíz de una intervención telefónica ilícita se obtiene una información pero que ésta se hubiese vuelto tan atenuada que disipa la corrupción. Con más detalle puede verse esta excepción en la Sentencia Wong Sun v. US, 371 U.S. 471 (1963). La determinación para saber si la mancha ha sido atenuada o no está en los siguientes criterios: tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de la prueba derivada; acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la obtención de la prueba derivada; gravedad de la violación originaria; naturaleza de la prueba derivada. FIDALGO GALLARDO, C., *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary...**Op. cit.*, pág. 441-442.

74 Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2002, de 11 de febrero, examina cuando una prueba refleja de otra ilícita podrá valorarse por desconexión causal entre ambas: "Sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo". FIDALGO GALLARDO., *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense...**Op. cit.*, pág. 440.

obtención de la prueba derivada; la gravedad de la violación originaria; y por último, la naturaleza de la prueba derivada⁷⁵.

APLICACIÓN DE LA REGLAS DE EXCLUSIÓN A LAS INFILTRACIONES POLICIALES

Ya advertí de la necesidad de diferenciar las infiltraciones policiales de corta duración y las de larga duración para determinar el grado de afectación del sistema de garantías. En este trabajo me centraré en la aplicación de las reglas de exclusión a la infiltración policial de larga duración en cuanto el grado de afectación de los derechos fundamentales es mayor en este tipo de actuaciones.

Es preciso realizar una importante precisión en cuanto al marco de actuación del infiltrado durante el desarrollo de la operación encubierta. Existen dos marcos de actuación que pueden ser desarrolladas durante la infiltración policial: por un lado, las actuaciones que, aun limitando derechos fundamentales, se amparan en el uso de la identidad supuesta que es un pilar fundamental en las infiltraciones policiales de larga duración; y por el otro, aquellas actuaciones que se extralimitan del engaño que subyace a la infiltración. Es decir, la ley faculta al agente encubierto, desde el mismo momento en que se autoriza la infiltración a: actuar bajo identidad supuesta; transportar los efectos, objetos o instrumentos del delito; y diferir la incautación de los mismos. La actuación más controvertida es el actuar bajo el uso de la identidad supuesta ya que ésta dependerá del rol que el infiltrado tenga en el entramado organizativo y el nivel de confianza que éste obtenga con relación a los miembros de la organización. Bajo este título, pueden desarrollarse algunas actuaciones que puedan limitar el pleno ejercicio de determinados derechos fundamentales, pero que se encuentran legitimadas por fundarse únicamente en el engaño que subyace a la infiltración (entradas por invitación en un domicilio; conversaciones similares a interrogatorios). El propio devenir de la infiltración policial junto con la necesidad de garantizar la seguridad del infiltrado, hacen que estas actuaciones se realicen sin observar las disposiciones legalmente previstas para el efecto por ampararse en la autorización judicial inicial que habilita a la infiltración policial. El otro bloque de actuaciones que nos encontramos en las infiltraciones policiales, son aquellas que superan en engaño que subyace a la infiltración. El desarrollo de estos actos -efecto intervención de comunicaciones; registros domiciliarios, etc.- deberán realizarse con observancia de las disposiciones constitucionales y legales previstas para el efecto pues, en caso contrario, todo lo actuado será considerado nulo de pleno derecho.

Además, he de tener presente que la información que el agente aporte a la instrucción tendrá el mismo valor que cualquiera otra diligencia de averiguación y comprobación del delito, y la aportación al juicio la de cualquier medio de prueba, que conforme señala el artículo 741 Lecrim, se apreciará según conciencia. Es

75 FIDALGO GALLARDO., *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense...* Op. cit., pág. 441 442.

decir, le será de aplicación las reglas de exclusión probatoria comunes para cualquier medio de prueba. No obstante, la dificultad del estudio de la ilicitud en las infiltraciones policiales, en mi opinión, proviene del modo de operar o actuar el Estado que introduce a uno de sus agentes para la investigación encubierta de determinada forma de criminalidad. Y es en el desarrollo de estas actuaciones encubiertas donde puede darse la mayoría de las ilicitudes⁷⁶.

A. ILICITUD PROBATORIA DERIVADA DE LA AUTORIZACIÓN INICIAL (EX ART. 282.BIS 1)

En la primera de las posibles causas de ilicitud, referente a la autorización inicial para proceder a la infiltración, encontramos varios supuestos que nos llevan a negar valor probatorio a todo el material que se haya podido obtener. Que la infiltración policial deba ir precedida por una autorización judicial no es opinión unánime de la doctrina, puesto que el derecho a la intimidad no es considerado como un derecho fundamental reforzado. No obstante, nuestra opinión es bien distinta. Aunque el derecho fundamental a la intimidad no se pueda considerar un derecho fundamental reforzado, como lo es el derecho al secreto de las comunicaciones, la infiltración policial, va más allá de la simple lesión del derecho, es decir, la infiltración policial supone que un agente de la policía se introduce en el seno de la organización criminal para la investigación de los miembros de la organización así como de su *modus operandi*. Pero la infiltración también supone que el agente encubierto entable relaciones de amistad con los miembros de la organización participando así no sólo en las actuaciones delictivas que puedan realizarse, sino también en la faceta privada de la vida de estas personas.

Así la infiltración de un agente en una organización criminal debe ir precedida de autorización judicial que faculte al agente encubierto para desarrollar actuaciones necesarias para la consecución de la finalidad de la investigación. Y ello no sólo por limitar el derecho fundamental a la intimidad, sino por ser considerado un medio de investigación excepcional y extraordinario. De este modo, la ilicitud o litud de la operación encubierta depende en primer término de la autorización judicial previa y de que ésta respete las previsiones establecidas en el artículo 282.bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por tanto, es necesario que exista una autorización judicial suficientemente motivada para dar comienzo a la infiltración. Está claro que cuando no existe autorización judicial la infiltración devendrá ilícita y, por tanto, se le negará todo valor probatorio al material obtenido durante la misma.

Del mismo modo, existiendo autorización judicial se considerará nulo el material probatorio si ésta es arbitraria; no está suficientemente motivada; no se funda en indicios suficientes y por resultar desproporcionada y por tanto concedida sin respeto a las exigencias del principio de prohibición de exceso⁷⁷, puesto que en estos casos

76 HINOJOSA SEGOVIA., «La persecución de los delitos en los casos supranacionales», en Cua dernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *Fenómenos delictivos complejos*, nº 9, 1999

77 GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, págs. 251-252. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...Op. cit.*, pág. 240.

no contempla los requisitos necesarios para la limitación de un derecho fundamental, es decir, su legitimidad constitucional no está garantizada con la autorización.

Además, la Lecrim faculta al Ministerio Fiscal para autorizar la infiltración policial. Como dijimos esta posibilidad es admisible siempre y cuando exista pronunciamiento posterior por parte del órgano judicial competente en cada caso concreto, que revoque o ratifique la autorización otorgada por el Ministerio Público⁷⁸.

Por tanto, existirá causa de ilicitud, cuando el Ministerio Fiscal no comunique de manera inmediata al órgano judicial competente para que éste revoque o ratifique la decisión, o bien cuando la autorización del Ministerio Fiscal ha sido revocada por el órgano judicial. No obstante, el tratamiento que se dispensará a ambas situaciones es diferente.

En el primero de los supuestos, cuando el Ministerio Fiscal no somete de forma inmediata a control judicial su autorización, debe entenderse que la infiltración se desarrolla bajo el auspicio de la exclusiva autorización del Fiscal privándola por tanto de eficacia, ya que la autonomía del Fiscal sólo puede y debe entenderse cuando se ésta se somete al control judicial de forma inmediata⁷⁹.

Por otra parte, encontramos los supuestos en que el Ministerio Fiscal somete a control judicial la autorización por él acordada y el órgano judicial procede a su revocación. En estos casos se concede validez probatoria a los materiales obtenidos durante el período de tiempo que media entre la autorización y la resolución judicial rechazándola⁸⁰. Pero quizás la postura a la que deberíamos

78 Dada la naturaleza de la infiltración policial como medio de investigación restrictivo de derechos fundamentales, es incomprensible que la Lecrim faculte al Ministerio Fiscal a autorizar la medida, puesto que en todo caso el Fiscal debe solicitar autorización judicial para la práctica de una diligencia restrictiva de derechos fundamentales pasando el control de la investigación al juez competente.

79 GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente...Op. cit.*, págs. 250 251. establece el autor que si el Fiscal priva a la autorización de ese control, la está privando de eficacia pues es contraria a las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio, una restricción de derechos fundamentales que no haya sido acordada judicialmente o que, acordada por otra autoridad, no se someta a un control judicial posterior inmediato. En el mismo sentido GUARIGLIA., «El agente encubierto « ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?» (Edición digital <http://www.cienciaspenales.org>. Revista de Ciencias Penales, núm. 12, agosto, 1996), págs. 52 53 que refiere que toda restricción de derechos fundamentales debe ser concedida por el órgano judicial o sometido a su control; en caso contrario la autorización deviene nula, así como todo lo que de ella derive. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...Op. cit.*, pág. 240, establece que en los casos en que el Fiscal prive de control judicial a la autorización adoptada por él, no respeta el principio de exclusividad jurisdiccional imperante en las medidas limitativas de derechos fundamentales.

80 GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente...Op. cit.*, pág. 250 251. En este período de tiempo se le reconoce aptitud justificante de la restricción de derechos fundamentales. Como una valoración personal, estos supuestos podrían ampararse en la excepción que matiza las reglas de exclusión probatoria, en concreto podría aplicarse la excepción de la buena fe, apoyada en el desconocimiento por el agente encubierto de la inconstitucionalidad de su actuación o bien respaldado en la creencia equivocada de que su actuación quedaba amparada en la autorización.

acogernos es a la que se desprende del ordenamiento alemán. En este sentido, se le concederá valor probatorio al material obtenido antes de la revocación, si ésta se produjo por causa de oportunidad. Pero en aquellos casos en que la revocación se base en la ausencia de presupuestos legitimadores para la medida, se estima la no admisibilidad y prohibición de valoración del resultado probatorio⁸¹.

A pesar de nuestra opinión contraria- por no responder a la realidad delictiva de la criminalidad organizada- la Lecrim diseña una lista cerrada de delitos que pueden ser investigados por el agente encubierto⁸². Así se provocará la ilicitud cuando la infiltración policial se autorice para delitos que no incluidos en el artículo 282.bis 4 Lecrim. Igualmente, si la autorización se otorga para uno de los delitos del mencionado artículo pero la actuación del agente encubierto se excede. Ahora bien, aunque la información obtenida en relación con estos delitos no incluidos en el artículo 282.bis 4 no podrá ser tenida en cuenta por el órgano judicial decisor, puede utilizarse como *notitia criminis*, para la iniciación de un nuevo proceso⁸³.

Si el delito para el que se extiende la actuación del agente encubierto está dentro de la enumeración formulada por el artículo 282.bis 4 LECrim, el agente encubierto deberá solicitar una ampliación de la autorización inicial que abarque también la investigación de estos nuevos delitos. En caso contrario, la investigación no quedará amparada por la autorización judicial y, por tanto, lo obtenido devendrá nulo.

En cambio cuando la investigación se extienda del ámbito subjetivo autorizado, la ilicitud no debe proceder de manera tan automática, pues debemos recordar que la investigación será de una organización criminal, y por tanto, es posible la indeterminación inicial de las concretas personas que conforman el entramado.

También puede conllevar a la nulidad del material probatorio obtenido durante la infiltración si tras el agotamiento del plazo de duración establecido por el órgano judicial, no se concede la prórroga⁸⁴. En estos casos todo lo obtenido en un primer momento con autorización judicial, será lícito, pero una vez concluido este período, no se le concede validez al material obtenido, por entender que no se respetan las previsiones ni legales ni constitucionalmente previstas⁸⁵, sencillamente porque no existe autorización que ampare la investigación.

81 GUARIGLIA., «El agente encubierto»...*Op. cit.*, pág. 53.

82 En este sentido, la Lecrim fija la proporcionalidad de esta diligencia mediante la fijación de un catálogo delictivo que con independencia de nuestra opinión acerca del mismo, se impide autorizar las operaciones encubiertas para la investigación de delitos no comprendidos en el apartado cuarto del artículo 282.bis Lecrim. MORENO CATENA., «Los agentes encubiertos en España»...*Op. cit.*, págs. 40 42.

83 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*...*Op. cit.*, pág. 203.

84 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*...*Op. cit.*, pág. 240.

85 GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente*...*Op. cit.*, pág. 252. en los casos en que se expira el plazo de duración de la infiltración policial y no existe prórroga sobre la misma, *habrá dejado de haber sustento para la infiltración y será ilícita la prueba obtenida a partir de ese momento.*

B. ILICITUD DERIVADA DE LAS ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS EN EL CURSO DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL (EX ART. 282.BIS 3)

Hasta aquí he intentado resolver los problemas de la ilicitud derivada de la autorización inicial. Ahora, debemos pasar a los supuestos en que, existiendo autorización inicial la ilicitud proviene de la actuación del agente encubierto durante el desarrollo de la infiltración policial por actuaciones que sobrepasan el uso de la identidad supuesta. Por un lado aquellas actuaciones amparadas en la autorización inicial y por otro aquellas a las que se refiere al apartado tres del artículo 282.bis Lecrim. Antes de nada debemos comenzar determinando que la ilicitud derivada de las actuaciones complementarias sucederá con independencia de que sea el agente encubierto o no quien realice la actuación. Es decir, las siguientes líneas deben valer tanto si la actuación concreta la realizó el agente encubierto o un agente ajeno a la infiltración policial.

En este orden de cosas, consideramos lícito todo aquello que el agente encubierto obtenga como consecuencia exclusiva de la identidad supuesta siempre que no haya mediado maniobras o artificios engañosos para obtener dicho material, y ello aunque las concretas actuaciones supongan una limitación de derechos fundamentales⁸⁶, pues se entiende que la autorización judicial inicial debe amparar todas estas actuaciones que, aunque en principio pueda entenderse que limitan derechos fundamentales, se basan en la relación de confianza que el propio Estado reconoce y admite. En caso contrario, se corre un grave riesgo tanto para la vida e integridad del agente como para la finalidad de la investigación. En cuanto a la actuación del agente encubierto, dispone el artículo 282.bis 3 Lecrim que:

“Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que al respecto establezcan la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables”.

86 En este sentido nos remitimos al capítulo anterior donde estudiamos el ámbito de actuación del agente encubierto. De este modo, dada la relación de confianza que el infiltrado entabla con los miembros de la organización gracias a la utilización de la identidad ficticia, puede encontrarse ante situaciones imprevisibles y espontáneas, que podrían entenderse como limitadoras de ciertos derechos fundamentales, pero que surgen de forma tal que aplicar la disposición del artículo 282.bis 3 Lecrim sería imposible o muy difícil. Entre ellas pueden encontrarse las entradas del agente encubierto en el domicilio del investigado cuando éste da su consentimiento, la aportación de objetos entregados al agente de forma voluntaria, la participación en conversaciones de contenido incriminatorio. Ahora bien, no sería lícito que el agente utilizara amenazas o coacciones para entrar en el domicilio ya que en estos supuestos sobreviene ilícito e efectos de su valoración lo obtenido por el infiltrado, al igual que su declaración de todo lo que aconteció ante él. En el mismo sentido GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente...Op. cit.*, pág. 253. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios...Op. cit.*, pág. 241 242 (a pesar de que en la pág. 226 de la misma obra sostiene que la autorización inicial no autoriza las entradas por invitación siendo necesaria, bajo su opinión, la solicitud de autorización judicial del infiltrado cuando tenga que proceder a la entrada en un domicilio).

Entendemos que todas las actuaciones lesivas de derechos fundamentales que excedan el ámbito propio del engaño que el Estado admite y reconoce, deberán seguir las previsiones establecidas en esta disposición. A este respecto, debemos diferenciar las actuaciones que puede desarrollar el propio agente encubierto -por ejemplo, la captación de imágenes y sonidos en lugar cerrado-⁸⁷ de aquellas actuaciones que, en aras a la finalidad de la investigación y seguridad del agente encubierto, es necesario que sean desarrolladas por agentes ajenos a la infiltración policial- por ejemplo, el registro domiciliario o intervención de comunicaciones-.

En cualquier caso, la contravención de esta disposición conlleva la nulidad de todo lo obtenido mediante dichas actuaciones, y por tanto, la imposibilidad de utilizarlas en el juicio oral como pruebas aptas para desvirtuar la presunción de inocencia, conforme al artículo 11.1 LOPJ.

Igualmente, debemos considerar inválido todo aquello que de manera directa o indirecta devenga del acto nulo en aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado. Es decir, si el agente encubierto ilícitamente obtiene una información, ésta no podrá ser utilizada para adoptar una diligencia de investigación, aun cuando vaya a ser desarrollada por agentes ajenos a la infiltración, pues no podemos convalidar la acción ilícita del agente encubierto mediante una actuación lícita posterior de agentes ajenos a la infiltración. Salvo que se pudieran dar algunas de las excepciones previstas: fuente independiente, descubrimiento inevitable o nexo causal atenuado⁸⁸.

En estos casos, se puede considerar la idea de que la infiltración policial nula no genere la nulidad del proceso. En este sentido, si se demuestra que las fuentes de prueba han sido adquiridas de manera independiente a la infiltración policial, el resultado de estas actuaciones podrá desplegar todos sus efectos en el proceso penal.

En definitiva, habrá lesión de derechos fundamentales e ilicitud probatoria cuando el agente encubierto realice actuaciones de investigación que, en principio, le están

87 En primer lugar, el uso normal de cámaras de seguridad «*per se*» bien en las calles bien en lugares públicos como centros comerciales o comisarías de Policía, cuando sirven a un fin legítimo y previsible, no plantean ninguna cuestión en virtud del derecho fundamental a la intimidad, tal y como reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ahora bien, en aquellos casos en que las cámaras fueran manipuladas para obtener determinadas imágenes aun para fines de investigación penal, estima el Tribunal que supone una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada, siempre que las imágenes no fueran obtenidas voluntariamente o en circunstancias en las que se pudiera razonablemente prever que serían grabadas y utilizadas para fines de identificación. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 julio 2003 Caso Perry contra Reino Unido (TEDH 46).

88 Quizás la excepción más utilizada en estos casos será la del descubrimiento inevitable, sobre todo en la situación del *registro consentido* que vimos en el capítulo anterior. Aunque consentido, el registro será oculto y por tanto perfectamente podría ser declarado nulo. Pero podría alegarse la excepción del descubrimiento inevitable por entender que la información se hubiera descubierto de todas formas inevitablemente.

permitidas pero excediéndose de los límites que la autorización judicial concede para actuar bajo identidad supuesta, por ejemplo, cuando entra en algún domicilio bajo amenazas o coacciones⁸⁹. En este sentido establece el Código Procesal Penal alemán, al establecer que los investigadores encubiertos podrán bajo ese título entrar en un domicilio con el consentimiento del titular, pero en ningún caso podrán provocarlo por simulación de un derecho de acceso que exceda del límite del título que los habilita⁹⁰. En este sentido como establece GUARIGLIA al estudiar la institución del agente encubierto en el ordenamiento alemán, los agentes encubiertos no podrán hacerse pasar por empleados de la administración de la casa de departamentos para favorecer su ingreso en un domicilio⁹¹.

Nos encontramos ante una situación diferente en aquellos casos en que existiendo autorización judicial válida para desarrollar estas actuaciones, los agentes no respetan las previsiones establecidas en la legalidad ordinaria. En estos casos, nos encontramos ante la llamada prueba irregular o ilegal y tal y como hemos estudiado, les será de aplicación el artículo 238.3 LOPJ. No obstante, que distinguir aquellos casos en que la omisión de las previsiones legales causen indefensión para el investigado, en cuyo caso el acto es nulo de pleno derecho y no es posible hacerlo valer por otros medios probatorios (pues se entiende que limita el derecho fundamental de defensa) y, por tanto, estaremos ante prueba ilegal. De aquellos otros, en que la norma infringida no es causa de indefensión pudiendo hacer valer lo obtenido mediante otros medios probatorios, es decir, un caso de prueba irregular.

Por ejemplo, en referencia a la diligencia de registro, debe existir una autorización judicial para proceder al mismo, puesto que en caso contrario se entendería vulnerado el artículo 18.1 CE, considerando, por tanto, todo lo obtenido como inutilizable en virtud del artículo 11.1 LOPJ⁹².

89 GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente encubierto...Op. cit.*, pág. 253.

90 *Código penal alemán StGB. Código procesal penal alemán StPO*, Traducido por EIRANOVA ENCINAS (Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 258.

91 GUARIGLIA., «El agente encubierto « ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal? »...*op. cit.* Igual sucede con las conversaciones similares a un interrogatorio. En este sentido GUZMÁN FLUJA., «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»...*Op. cit.*; ELENA RESUMIL., «Peligro en la respuesta, peligro en el silencio: ¿derecho a no declarar contra sí mismo, a permanecer callado?» en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, núm. 58, enero febrero, 1998 [<http://www.capr.org>]. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA., *Las escuchas telefónicas y la prueba...Op. cit.*, pág. 208 209. DELGADO MARTÍN., «El proceso penal ante la criminalidad organizada, el agente encubierto»...*Op. cit.*, pág. 120 y ss.

92 Así y aunque nos encontramos en el seno de la infiltración policial no pueden realizarse varios registros, bajo el auspicio de la misma autorización judicial, puesto que la habilitación se agota con el registro y éste se ha de practicar en unidad de acto, de modo que no se pueden amparar en una sola autorización varios registros de un mismo domicilio distanciados en el tiempo, salvo que el auto lo contemple expresamente, de modo que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no quede suspendido indefinidamente. RODRÍGUEZ SOL., *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998 pág. 321.

En cuanto a los presupuestos legales, la Lecrim exige la presencia del secretario judicial en la práctica del registro, en caso de ausencia conlleva la nulidad de la diligencia por omisión de un requisito procesal en virtud del artículo 238.3 LOPJ. Y aunque el acto en sí se debe considerar nulo por desconocimiento de las reglas de procedimiento, este presupuesto legal no causa indefensión. Por ello, no obsta para que se pueda acreditar la realidad del registro y de sus resultados por otros medios de prueba distintos del acta carente de fe pública como pueden ser las declaraciones de los imputados o testimonios de los intervinientes.⁹³

Con respecto a la asistencia del interesado, es necesario recordar que será necesaria siempre que este se encuentre detenido y de su inobservancia deriva la nulidad del acto, ya que el mismo se lleva a cabo sin contradicción que se estima necesaria al ser un caso excepcional de prueba preconstituida⁹⁴. En aquellos supuestos en que el interesado no concurriese deberá estar un miembro de la familia mayor de edad y en su defecto dos testigos vecinos del mismo pueblo. No obstante, la falta de este requisito no hará a la prueba ilícita puesto que la restricción del derecho fundamental queda amparada por una resolución judicial. Pero dado que hablamos de un requisito esencial en el procedimiento de registro cuya inobservancia conlleva indefensión, el acto es nulo de pleno derecho y, por ello, el material probatorio derivado de él no podrá ser incorporado al plenario para su valoración por ninguno de los medios de prueba pertinentes.

En cuanto a otras de las diligencias que pueden ser desarrolladas en el curso de la infiltración policial, la intervención de las comunicaciones está rodeada de un fuerte sistema de garantías⁹⁵. Dentro de las intervenciones de las comunicaciones,

93 El STC 41/1998, de 24 de febrero; STS de 31 de marzo de 1992 (RJ2537); ATS de 8 de febrero de 1995 (RJ 799), establece: “*diligencia de entrada y registro en un domicilio sin la presencia del secretario es nula de pleno derecho por ser éste el único funcionario competente en el orden judicial para dar fe con plenitud de efectos/.../de ello se deduce, por lo pronto, que de tal diligencia no pueden ya derivarse los efectos de prueba preconstituida que habiendo asistido el Secretario Judicial tendría, lo que no es óbice a que el propio imputado o los imputados y los testigos puedan, en el acto del juicio oral, declarar respecto de lo que vieron y oyeron en aquella diligencia como en cualquier otro momento de sus vidas, sin que en esta fórmula general puedan entrar los policías actuantes en tan anormal diligencia porque al haber actuado como delegados del Juez de instrucción (artículo 572 Lecrim) intervinieron en un acto judicial nulo de pleno derecho, sin posibilidad de sanarse a través de sus propias declaraciones porque, de hacerlo, estarían tachados de parcialidad objetiva puesto que, cuando ellos mismos fueron los que protagonizaron un acto nulo, mal pueden con sus propias manifestaciones, que forman parte de la propia sustancia del acto, depurar el vicio radicalmente nulo de pleno derecho, como ya se anticipó*”. A este respecto, LUZÓN CUESTA., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000, pág. 89 90. RODRÍGUEZ SOL., *Registro domiciliario...Op. cit.*, pág. 318.

94 En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1990 (RJ 7216); de 30 de octubre de 1992 (RJ 8553); 14 de noviembre de 1992 (RJ 9661); de 17 de enero de 1994 (RJ 19); de 7 de julio de 1994 (RJ 5877); de 10 de octubre de 1994 (RJ 7885); de 20 de diciembre de 1995 (RJ 9458); de 3 de diciembre de 1996 (RJ 8815); de 19 de enero de 1999 (RJ 397); de 27 de febrero de 2001 (RJ 1286); de 29 de diciembre de 2001 (RJ 505); de 5 de mayo de 2004 (RJ 3046)

95 MARTÍN MORALES., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 99.

encontramos diferentes modalidades como la intervención de comunicaciones escritas, telefónicas, electrónicas. Todas ellas tienen como común denominador la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones establecido en el artículo 18.3 CE. Por eso, es necesario en primer lugar gozar de la autorización judicial previa a la limitación a los efectos de protección del derecho fundamental afectado⁹⁶.

Como ocurría con la diligencia de registro debemos diferenciar la legalidad constitucional de la legalidad ordinaria⁹⁷. Así la detención y registro de la correspondencia queda bajo la salvaguardia de la Autoridad judicial por lo que la diligencia de apertura de correspondencia desprovista de las garantías constitucionales que la legitiman, deviene nula⁹⁸.

Por ejemplo, en la intervención de las comunicaciones postales, lo más relevante es el procedimiento de apertura y registro. Al respecto establece la Lecrim que ineludiblemente, que la correspondencia postal, previa resolución judicial, se llevará a cabo con la citación del interesado que podrá, por sí o por la persona que designe, presenciar la operación, de tal manera que sólo en el caso de que dicho interesado no quiera presenciarla, ni nombrar a persona alguna para que le represente, podrá llevarse a cabo la apertura por el juez de instrucción sin cumplir el requisito dicho. En los casos en que ésta exigencia no sea respetada, se decretará el acto nulo conforme al artículo 238.3 LOPJ. A este respecto cuando la ausencia del interesado sea causa imputable al órgano judicial, el acto deviene nulo sin posibilidad de contradicción pues causa indefensión en la persona del investigado, lesionando así el derecho fundamental de defensa. No obstante, habrá que tener presente el rol o papel que desempeña el agente encubierto en la organización criminal -<<ya que podría suceder que la apertura de correspondencia escrita, por ejemplo, estuviera dentro del grupo amparado en la premisa de «actuar bajo identidad supuesta»>>-.

96 STS de 28 de enero de 2002 (RJ 2966). MONTAÑÉS PARDO., *Presunción de inocencia*, Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 279-281. establece el autor que, puesto que la intervención de las comunicaciones afecta al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, la ausencia de autorización o la falta de motivación de las mismas determina la lesión irremediable del derecho fundamental.

97 La STS de 13 de abril de 2004 (RJ 3319), establece cuáles son los requisitos legales y constitucionales que deben respetarse en la diligencia de intervención de comunicaciones: *Resumidamente podíamos establecer los siguientes requisitos: a) exclusividad jurisdiccional en la autorización de la medida y estricta sujeción de los funcionarios que la practiquen a los términos personales, temporales y fácticos de la habilitación judicial que otorga cobertura a su actuación; b) adopción de la misma en el marco de una investigación en curso y, por ende, existencia de indicios suficientes de criminalidad; c) respeto al principio de proporcionalidad en sentido amplio, lo que exige valorar la necesidad de la misma, así como realizar un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el derecho fundamental implicado y la gravedad del ilícito que se trata de acreditar; d) excepcionalidad de la misma y, por tanto, obligatoria limitación temporal a lo estrictamente imprescindible; e) extensión de la observación telefónica restringida a los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas; f) expresión de las razones que la motivan en el auto habilitante y en los que eventualmente acuerden su prórroga, sin perjuicio de las legítimas remisiones a los escritos petitorios de la policía judicial; g) control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención acordada.*

98 SSTS de 3 de junio de 1995 (RJ 4537); de 22 de diciembre de 1995 (RJ 9444).

Respecto a las comunicaciones orales, y teniendo en cuenta el silencio del legislador al respecto, debemos entender que aunque no cabe duda de que derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa, pueden verse comprometidos, estas conversaciones pueden acceder al juicio oral siempre que el agente encubierto haya mantenido una posición pasiva o receptora simplemente, sin que induzca o dirija la narración o conversación a determinados puntos que determinen así una confesión⁹⁹. De este modo, cuando el investigado ignora que está conversando con un agente encubierto, no hay razón para asumir la responsabilidad de que el sospechoso se encuentra bajo coacción¹⁰⁰. Así en los casos en que el agente mantenga una posición receptora, el material probatorio podrá ser tenido en cuenta por el órgano decisor pues el engaño en que se fundan lo salva la autorización inicial de la infiltración¹⁰¹. Mientras, debe negarse todo valor probatorio a las conversaciones que el infiltrado provoque o dirija a determinados puntos autoincriminatorios. En este sentido, señala MIRANDA ESTRAMPES que la confesión voluntaria del inculcado, ha de entenderse como factor determinante de la ruptura de la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita¹⁰².

En conclusión, la infracción de las normas procesales conlleva la nulidad del acto lo que no impide que lo obtenido se haga valer en el acto del juicio oral a través de otros medios probatorios que suelen ser los testimonios de los testigos o de los agentes de policía que realizaron las diligencias.

99 GUZMÁN FLUJA., «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»...*Op. cit.*

100 GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente...**Op. cit.*, pág. 108 109 y 242 243. DELGADO MARTÍN., *Criminalidad organizada...**Op. cit.*, pág. 97 98. GUARIGLIA., «El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?»...*Op. cit.*, el autor aunque admite que el agente encubierto queda liberado del deber de advertencia, describe la situación que se desprende de los ordenamientos jurídicos alemán y argentino. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...**Op. cit.*, pág. 220 221, la autora admite que no habrá vulneración del derecho de defensa siempre y cuando se haya declarado el secreto instructorio. GUZMÁN FLUJA., «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»...*Op. cit.*, pág. 218. ; ELENA RESUMIL., «Peligro en la respuesta, peligro en el silencio: ¿Derecho a no declarar contra sí mismo o a permanecer callado?»...*Op. cit.*, La profesora Elena Resumil, indica que el derecho a no autoincriminarse se configura como un derecho instrumental del derecho de defensa y que alcanza a toda persona inocente o culpable, acusada o no. Además refiere que esta garantía constitucional va dirigida a evitar la arbitrariedad y abusos por parte del Estado. No obstante, a pesar de que las advertencias se configuran como requisitos imprescindibles para la salvaguarda al derecho a no autoincriminarse, existen casos, como las operaciones encubiertas, en que se exime al organismo investigador de hacerlas. Así lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo de EEUU en el caso *Illinois v. Perkins*, en el que admitía como táctica legal la utilización de agentes encubiertos en prisiones para extraer confesiones o admisiones incriminatorias de los reclusos, sin que exista la obligación alguna del agente infiltrado de hacer advertencia bajo estas condiciones.

101 GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente...**Op. cit.*, pág. 242. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de octubre de 2000 (RJ 8722), al establecer que las confesiones espontáneas que los imputados realizan no conculcan ninguno de los derechos fundamentales reconocidos en la CE.

102 MIRANDA ESTRAMPES., «Las reglas de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación», En *Jueces para la Democracia*, nº 47, 2003, pág. 61.

En el caso que nos atañe, es decir, que estas diligencias se desarrollen en el seno de la infiltración policial, si son desarrolladas por el propio agente encubierto, será él mediante su testimonio, con posibilidad de acogerse a la Ley 19/94 de protección de testigos, el cauce por el que se hagan valer los resultados de las pruebas practicadas con infracción de norma procesal, cuando éstas no causen indefensión. En caso de que la desarrollen agentes ajenos a la infiltración, se seguirá el trámite habitual. Claro que siempre y cuando esta infracción no conlleve la limitación de los derechos fundamentales.

La prohibición de valoración del material obtenido también puede venir porque el agente encubierto ejecute determinados hechos delictivos. Es decir, que el infiltrado se sirva de la comisión de delitos para la obtención de pruebas. Igualmente, se le negará valor a lo obtenido mediante la provocación delictiva del agente encubierto.

Con respecto a la comisión de delitos por el agente encubierto no puede convertir automáticamente en ilícita su investigación¹⁰³. Desde nuestro punto de vista conllevará la ilicitud probatoria la comisión de un hecho delictivo para la obtención de pruebas cuando éstos lleven aparejada lesión de un derecho fundamental¹⁰⁴.

Por otro lado tenemos aquellos delitos cometidos por el infiltrado que no supongan lesión de un derecho fundamental¹⁰⁵, es decir, aquellas conductas que suponen una desviación de sus labores de investigación o un exceso en ellas, por ejemplo, las «pruebas de castidad» a las que son sometidos los nuevos integrantes de las organizaciones criminales para poderse ganar la confianza del resto de los miembros¹⁰⁶. En relación a los elementos probatorios obtenidos como consecuencia de su comisión, debemos entender que no vienen afectados por la ilicitud de la conducta, siempre y cuando no se haya limitado ningún derecho fundamental¹⁰⁷. Y ello porque debemos tener presente en todo momento que el hecho de que se castigue la actuación del agente encubierto no presupone la ilicitud de lo obtenido, puesto que entre estas dos circunstancias no hay ninguna relación salvo que se conculquen derechos fundamentales.

103 GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente...Op. cit.*, pág. 253.

104 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...Op. cit.*, pág. 242. GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente encubierto...Op. cit.*, pág. 253. RIFÁ SOLER., «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim», *Revista del Poder Judicial*, n° 55, 1999., pág. 172.

105 Como por ejemplo puede ser el robo de un coche, provocar explosiones causando la destrucción de un edificio público, realizar una transacción de droga. Los elementos probatorios generados como consecuencia del delito, no vienen afectados por la ilicitud en cuanto no afectan a derechos fundamentales.

106 ZARAGOZA AGUADO., «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»...*Op. cit.*, pág. 18, señala que el Estado tolerará la ejecución de determinados delitos menores a excepción de los crímenes violentos y aquellos delitos producidos como consecuencia de la violación de garantías constitucionales especialmente protegidas y que deben ser respetadas en el ámbito de la investigación criminal.

107 RIFÁ SOLER., «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim»...*Op. cit.*, pág. 172. GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente...Op. cit.*, pág. 253 254.

Hay autores como MONTÓN GARCÍA o LÓPEZ BARJA¹⁰⁸, que admiten la posibilidad de que lo obtenido por la conducta delictiva del agente encubierto pueda ser utilizado como material probatorio para enervar la presunción de inocencia, siempre y cuando el agente encubierto sea absuelto en el proceso que contra él se dirija para dirimir su responsabilidad. Es decir, lo que admiten estos autores es que siempre que las pruebas deriven de conductas delictivas que sean consecuencias necesarias del desarrollo de la investigación, guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito, no quedarán afectadas por la ilicitud y ello con independencia de que limiten o no derechos fundamentales.

Si la autorización judicial inicial adolece de algún vicio que lesione el derecho fundamental afectado por la medida, todo lo que se obtenga mediante la actuación del agente encubierto será ilícito, así como todo lo que de esta actuación derive salvo que puedan oponerse algunas de las excepciones existentes a la Teoría del fruto del árbol envenenado o efecto indirecto. Y ni siquiera la declaración testifical del agente encubierto podrá subsanar este vicio, puesto que su conocimiento deriva directamente de la lesión de un derecho fundamental.

Si la nulidad deviene de la autorización o de la infracción del procedimiento legal de alguna de las diligencias complementarias que se desarrollen, sólo será nulo el resultado conseguido en esa concreta diligencia.

En cambio, si se comenta una simple infracción procesal aunque deviene la nulidad del concreto acto, lo obtenido en él siempre podrá hacerse valer por otros medios probatorios, que en el caso que nos ocupa será la declaración testifical del agente encubierto.

Para finalizar, el agente encubierto no puede olvidar que aunque en labores de investigación secretas sigue siendo un funcionario de las fuerzas y cuerpos de seguridad y que, como tal, tiene que respetar todas las previsiones establecidas en la Constitución y en la Ley pues: *por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales.*

108 MONTÓN GARCÍA., «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos»...*Op. cit.*, pág. 2129, establece la autora que la punibilidad del agente convierte en ilícita la prueba obtenida por él. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA., «El agente encubierto», en *La Ley*, 1999, pág. 1957. En sentido contrario GÓMEZ DE LAIÑO FONSECA HERRERO., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*...*Op. cit.*, pág. 242, la cual establece que la relevancia a efectos de valoración de la prueba no depende de que en el proceso penal para depurar responsabilidad el infiltrado sea o no absuelto del delito ejecutado.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ., «La función de las garantías en la actividad probatoria» en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, 1993.

ASENCIO MELLADO., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA., «Sujetos que han de concurrir en el registro domiciliario» en <http://www.tirantonline.es>.

DE URBANO CASTRILLO., «Prueba Ilícita en particular (I)», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1996.

DELGADO MARTÍN., «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», en PICO I JUNOY., *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001. DENTI., *Estudios de derecho probatorio*, Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

DIAZ CABIALE; MARTÍN MORALES., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001.

ELENA RESUMIL., «Peligro en la respuesta, peligro en el silencio: ¿Derecho a no declarar contra sí mismo o a permanecer callado?» en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, núm. 58, enero-febrero, 1998 [<http://www.capr.org>]

FASSONE., «La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, 1997.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ ENTRALGO., «La prueba ilegalmente obtenida», en *Jueces para la Democracia*, núm. 7, 1989.

FERRAJOLI., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, 1989.

FIDALGO GALLARDO., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 de la LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2003.

GALVEZ MUÑOZ., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales: normas y jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, Aranzadi, Navarra, 2003.

GASCÓN INCHAUSTI., *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001.

GÓMEZ COLOMER., *El proceso penal para no juristas*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1993.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ MONTES., «Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita», En *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal*, Universidad de Granada, 1994.

GUARIGLIA, F., «El agente encubierto «¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?» (Edición digital <http://www.cienciaspenales.org>. Revista de Ciencias Penales, núm. 12, agosto, 1996)

GUZMÁN FLUJA., «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», en *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006.

_____, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

HINOJOSA SEGOVIA., *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado*, Edersa, Madrid, 1996.

_____, «La persecución de los delitos en los casos supranacionales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, volumen dedicado a *Fenómenos delictivos complejos*, nº 9, 1999.

LÓPEZ BARJADE QUIROGA., «El agente encubierto», en *La Ley*, 1999.

_____, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal/iure, Madrid, 1989.

LUZÓN CUESTA., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000. MARTÍN GARCÍA., «La nulidad de las actuaciones judiciales y la prueba ilícita», en *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

MARTÍN MORALES., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ-PUJALTE., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MIRANDA ESTRAMPES., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Madrid, 1997.

_____, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, JM Bosch, Barcelona, 1999.

_____, «Las reglas de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación», En *Jueces para la Democracia*, nº 47, 2003

MONTAÑÉS PARDO., *Presunción de inocencia*, Aranzadi, Navarra, 1999.

MONTÓN GARCÍA., «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», en *La Ley*, 1999.

MONTÓN REDONDO., «Utilización de «agente encubierto»», en MONTERO AROCA, (Dir.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 11º ed., 2002.

MORENO CATENA., «La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal», en *La reforma de la Justicia penal (Estudios homenaje al Prof. Klaus. Tiedemann)* Valencia, 1997

_____, «Los agentes encubiertos en España», *Revista ICAM*, núm. 10, 1999.

MUERZA ESPARZA., «Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada». Ponencia en el Seminario de *Derecho Procesal Penal Económico*. Año 2003. Centro de Estudios Jurídicos [<http://www.cej.justicia.es>].

MUÑOZ CONDE., «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 1, 1998.

PASTOR BORGÑOÑON., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», en *Justicia: Revista de derecho procesal*, nº 2, 1986.

PAZ RUBIO., «La prueba en el proceso penal», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1992.

PÉREZ ARROYO., «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y el delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de prueba prohibida en el derecho penal y procesal penal», *La Ley*, núm. 4987-4989, Febrero 2000.

RAMOS RUBIO., «La prueba ilícita y su reflejo en la Jurisprudencia», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*, 2000.

REY HUIDOBRO., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

RIFÁ SOLER., « El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim », *Revista del Poder Judicial*, nº 55, 1999.

_____, «La figura del infiltrado como sujeto de protección», en ROBLES GARZÓN., *Jornadas internacionales de derecho procesal dedicadas a la protección de Testigos y peritos en causas criminales*, 2001.

RODRÍGUEZ SOL., *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998.

SEQUEROS SAZATORNIL., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2000.

TIEDEMANN., «El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial, sobre la lucha antiterrorista». [<http://www.espaciojudicial europeo.es>]

VEGAS TORRES., «Prueba ilícita en particular (II): La ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La prueba en el proceso penal*, 1996.

VELASCO NÚÑEZ., «Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro», en Cuadernos del Consejo general del Poder Judicial, volumen dedicado a *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Madrid, 1996.

VIEIRA MORANTE., «Tratamiento de la prueba ilícita», en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *Constitución y garantías penales*, núm. 15, 2003.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS., «Establecimiento convencional de la Corte Penal Internacional: grandeza y servidumbre», en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen *La criminalización de la barbarie : la corte penal internacional*, Madrid, 2000.

ZARAGOZA AGUADO., «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada», en ROBLES GARZÓN., *La protección de testigos y peritos en causas criminales*, Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, 2001.